

University of Groningen

Van staat naar markt

Sauter, W.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2000

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Sauter, W. (2000). Van staat naar markt: het toezicht op de ontwikkeling van marktwerking in de telecommunicatiesector in Nederland en Europa. s.n.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Oratie prof.dr. W. Sauter

Ter aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het recht van de economische orde zal ik een rede uitspreken met als titel: **Van Staat naar Markt**

En met als onderwerp: **het toezicht op de ontwikkeling van marktwerking in de telecommunicatiesector in Nederland en Europa.**

* * *

Ik zal een beknopt overzicht geven van het toezicht op de telecommunicatiesector op nationaal en Europees niveau.

Verder wil ik ingaan op de discussie over de verhouding tussen algemeen en sector-specifiek toezicht, en tussen de sector-specifieke toezichthouder – de OPTA – en de algemene toezichthouder – de NMa.

Ik zal dit vooral doen door deze verhouding in de context van de huidige Europese ontwikkelingen te plaatsen. Dit betreft met name de herziening van de sector specifieke richtlijnen, en de modernisering van het mededingingsbeleid.

I. Inleiding: Van Staat naar Markt

Tot bijna drie jaar geleden bestond de telecommunicatiesector in Europa uit een verzameling staatsbedrijven met formele monopolierechten voor nationaal afgebakende markten. In iedere lidstaat verzorgde tot voor kort een enkele PTT identieke telefoontoestellen in een uniforme grijskleur en lange wachttijden voor een aansluiting, waarover tegen politiek bijgestuurde monopolieprijzen een beperkt aantal diensten werd geleverd. Inmiddels convergeert de elektronische communicatie via het Internet snel met de informatietechnologie, en langzaam maar zeker met de media. Mobiele telefoontoestellen zijn essentiële mode-accessoires geworden, en derhalve in alle kleuren verkrijgbaar. De keuze en kwaliteit van diensten stijgen, en consumentenprijzen dalen, met name voor internationaal bellen, voor bellen met mobiele telefoons, en voor Internetgebruik.

Deze veranderingen zijn met name te danken aan de toenemende concurrentie en aan de effectiviteit van het toezicht in deze sector. Die concurrentie is in de eerste plaats een gevolg van het feit dat de Europese Commissie op grond van het Europese mededingingsrecht met ingang van 1 januari 1998 de monopolierechten van de PTTs heeft afgeschaft. Dit maakte de toetreding van nieuwe aanbieders van telecommunicatienetwerken en diensten mogelijk. Waar meerdere aanbieders bestaan plukt de consument daar de vruchten van. Tenminste, die vruchten plukt de consument als die aanbieders onderling geen mededingingsbeperkende afspraken maken en actief strijden om de gunst van de consument, en als die aanbieders alleen of gezamenlijk niet machtig genoeg zijn om de markt naar hun hand te zetten.

Omdat het uitgangspunt voor de telecommunicatiemarkt een volledig monopolie was, en concurrenten afhankelijk waren van toegang tot het monopolienetwerk om hun diensten aan te bieden is als tweede voorwaarde effectief toezicht noodzakelijk. Dit toezicht is mogelijk omdat de Lidstaten met de hete adem van het mededingingsrecht in de nek harmonisatiewetgeving hebben aangenomen: de zogenaamde ONP regels.

ONP – ofwel Open Netwerk Voorziening – dient om te bepalen onder welke voorwaarden concurrenten toegang tot het monopolienetwerk zouden krijgen, en onder welke voorwaarden netwerken worden gekoppeld. De ONP Richtlijnen verplichten de Lidstaten bovendien om toezichthouders in te stellen die onafhankelijk zijn van de monopolies die eerst als PTTs zelf toezichthoudende taken uitoefenden.

Hiermee voltrekt zich duidelijk een verandering van staat naar markt omdat de staat als zodanig niet meer deelneemt aan de markt. Ondanks het koninklijke predikaat en het meerderheidsaandeel kan het Nederlandse staatsgezag niet meer worden vereenzelvigd met de dominante onderneming, KPN. KPN stelt namelijk zelf geen regels meer en is aan toezicht op afstand onderworpen. Hoewel dat op grond van het Europees recht niet formeel verplicht is heeft de staat haar eigendomsbelang teruggebracht en zou zij er goed aan doen dit zo mogelijk spoedig geheel af te stoten. Dit verstrekt de marktwerking omdat de belangen van de aandeelhouders marktpartijen evenzeer tot rationeel en efficiënt gedrag aanzetten als concurrentie dat doet. Bovendien bevordert volledige particuliere eigendom een zo mogelijk nog objectievere behandeling van het voormalige staatsbedrijf.

Toch verdwijnt de staat niet helemaal uit deze markt. Het openbaar belang verdwijnt namelijk evenmin. De eerste vraag is dan natuurlijk welke taken van openbaar belang overblijven, en wat voor vorm van toezicht deze vereisen.

II. Rol Staat in Markteconomie

I. Taken van openbaar belang

Er zijn allerlei opsommingen denkbaar van de overheidstaken die overblijven in een voormalige staatsmonopolie markt. Voor communicatie zijn dit tenminste vier taken:

- In de eerste plaats bestaat een beheersfunctie;
- Ten tweede moet de consument waar geen keuzevrijheid bestaat worden beschermd, en het moet ontstaan van concurrentie worden bevorderd; met een bijzonder oog voor netwerkeffecten;
- Ten derde moet de mededinging in het algemeen worden beschermd
- En tenslotte blijven er taken bestaan met een politieke en culturele dimensie.

1. Beheersfunctie

De staat blijft de hoeder van ons gezamenlijk patrimonium in de ether – het frequentiebeheer – en in de abstractie – het hoeden van de nummers. Verder waakt zij over onze veiligheid en burgerrechten door grote delen van de ether ter beschikking te stellen aan de krijgsmacht, door enerzijds boosdoeners af te luisteren, en door ons anderzijds te beschermen tegen private schenders van onze privacy. Tenslotte wordt aan de grenzen gewaakt en in Genève onderhandeld over de grensoverschrijdende effecten van frequentiegebruik. Beschermen van het soevereine territorium, beschermen van fundamentele vrijheden, en boeven vangen. Dat zijn zo ongeveer de meest klassieke en minst omstreden overheidstaken in een markteconomie.

Voor de telecommunicatie komen daar het beheer van schaarse frequenties en nummers bij. Bovendien dient hier vooral te worden gewaakt over de marktwerking.

2. Begeleiden overgang naar effectieve marktwerking

Omdat de uitgangspositie een allesomvattend monopolie was moet in de eerste plaats de ontwikkeling van de markt worden bewaakt. Hoewel de meeste formele barrières om tot de markt toe te treden zijn geslecht blijven grote feitelijke toetredingsdrempels bestaan. Het aantal vergunningen voor mobiele netwerken is beperkt vanwege de schaarste van frequenties, en na vier jaar concurrentie op de mobiele markt lijkt KPN toch nog een aandeel van rond 50% te hebben. Het is echter met name de bruidsschat van een fijnmazige landelijk dekkende infrastructuur die de ex-monopolist een formidabele voorsprong op de concurrentie bezorgt. Zelfs na drie jaar concurrentie op het vaste net heeft KPN daar nog een marktaandeel van 90%.

Gegeven het hoge tempo van de technische ontwikkelingen is het mogelijk dat deze voorsprong op termijn zodanig vermindert dat hij niet meer beeldbepalend is. Maar vanwege de marktmacht van de ex-monopolist is duidelijk dat het ontstaan van concurrentie desondanks alleen mogelijk is als effectief toezicht wordt uitgeoefend door een dus technisch deskundige toezichthouder, die de gehele sector overziet en beschikt over specifieke instrumenten.

Totdat sprake is van effectieve mededinging is het nodig om extra regels te stellen waaraan de ex-monopolist moet voldoen. De voorsprong van de ex-monopolist op de nieuwe marktpartijen wordt op deze manier gecompenseerd. Om dezelfde redenen worden in markten waar nog geen keuzevrijheid bestaat ook consumentenprijzen op basis van kosten plus een redelijk rendement gereguleerd. Het gaat om asymmetrische regels, die gelden voor de partij of partijen met marktmacht, maar niet voor nieuwe toetreders die geen marktmacht hebben. Feitelijk krijgen de andere marktpartijen – inclusief consument – hiermee direct tegen de marktmachthouder inroepbare rechten die worden gehandhaafd door een gespecialiseerde toezichthouder. Wanneer effectieve marktwerking ontstaat hebben de marktpartijen geen extra bescherming meer nodig omdat ze op eigen kracht kunnen concurreren en consumenten kunnen kiezen. Behalve het asymmetrische karakter van de regels is belangrijk dat ze preventief zijn. De handhaving vindt vooraf plaats: er hoeft dus niet te worden gewacht totdat een misbruik plaatsvindt.

3. Bewaken marktmechanisme

In de tweede plaats moet net als in iedere markt gewaakt worden over het functioneren van het marktmechanisme. Het eigenbelang van individuele marktpartijen werkt in een markteconomie per saldo in het algemeen belang door lagere prijzen en meer keuze. Maar dit is alleen het geval als erop wordt toegezien dat de partijen zichzelf het leven niet ten koste van hun leveranciers of afnemers gemakkelijk maken door onderling afspraken te maken, of door hun belangen op te dringen aan anderen als ze een machtspositie bekleden. Op Europees niveau en inmiddels ook in Nederland vindt dit toezicht plaats op basis van mededingingsrecht dat mededingingsbeperkingen verbiedt, behoudens beperkte uitzonderingen.

De sector-specifieke regels en de algemene mededingingsregels overlappen elkaar gedeeltelijk. In tegenstelling tot het toezicht vooraf waar ik het zojuist over had is het algemene mededingingsrecht in beginsel echter repressief. Handhaving vindt achteraf plaats: er moet eerst een inbreuk zijn, voordat wordt ingegrepen. Vervolgens is de bewijslast die overheid heeft om een dergelijke inbreuk aan te tonen relatief zwaar. Inbreuken worden dan ook zelden bewezen, en meestal pas na langdurig onderzoek.

Dit handhavingsprobleem en de vertraging die eruit volgt kan deels worden ondervangen als de toezichthouder van tevoren aangeeft wat voor soorten inbreuken als bijzonder ernstig worden beschouwd, en hoe daarop gereageerd zal worden. Door zijn gezag op deze wijze te projecteren bindt de toezichthouder weliswaar zijn beleidsvrijheid, hij oefent tegelijkertijd ook een afschrikkende werking uit waarmee beleid vooraf gevoerd kan worden. Hiermee wordt het verschil tussen preventief en repressief toezicht kleiner. Het verbod op misbruik van economische machtspositie is bovendien ook asymmetrisch. Alleen voor bedrijven met een machtspositie geldt bijvoorbeeld een verbod op prijsdiscriminatie tussen verschillende klanten.

4. Netwerkeffecten en hightech markten

Een voorwaarde voor de effectieve toepassing van het algemeen mededingingsrecht in plaats van preventieve regels is tenslotte dat er een voedingsbodem voor effectieve concurrentie bestaat. Communicatiemarkten worden echter gekenmerkt door netwerkeffecten: er staat een bijzondere premie op formaat. Aan de aanbodzijde gelden toenemende schaalopbrengsten: hoe groter het netwerk of de verspreiding van een bepaalde dienst, hoe lager de kosten per aansluiting. Aan de vraagzijde geldt bovendien dat de waarde van aansluiting op een netwerk voor een consument toeneemt naarmate er al meer mensen op zijn aangesloten. Door het toenemende aantal klanten nemen de kosten van aansluiting weer verder af. Dit kan betekenen dat marktmacht in netwerkmarkten vaak van lange duur zal zijn. Daarom zijn ook voor langere termijn regels noodzakelijk waaraan bedrijven met marktmacht moeten voldoen: zoals bijvoorbeeld de plicht om netwerken onderling te koppelen, of om te voldoen aan redelijke verzoeken om toegang tot het netwerk.

Verder is de snelheid van de technologische en economische veranderingen in de telecommunicatie zo groot dat repressief toezicht vaak te laat zal komen. Als mededingingshandhaving achteraf letterlijk jaren duurt, ontstaat het risico dat de conclusie zal zijn: operatie geslaagd, maar patiënt overleden. Weliswaar is het ook in effectief concurrerende markten logisch dat veel nieuwe toetreders het loodje leggen. Maar efficiënte toetreding moet effectief – en dus meteen – beschermd kunnen worden. Ook daarom is het mogelijk dat in de communicatiesector het bestaan van specifieke gedragsregels vooraf voor langere tijd noodzakelijk zal blijven.

5. Politieke/culturele dimensie

Tenslotte is communicatie niet alleen van economisch belang, maar ook essentieel, voor de kwaliteit van bestaan van individuele consumenten, en voor het bestaan of ontstaan van een coherente samenleving. Daarom is het wenselijk dat de overheid de beschikbaarheid van een minimumpakket aan communicatiemiddelen tegen voor iedereen betaalbare prijzen garandeert: de universele dienst. In een democratie is het bovendien ook noodzakelijk om te waken over de vrijheid van meningsuiting en de pluriformiteit van opinie, met name in de context van mediamonopolies en concentraties. De balans tussen marktwerking en toezicht is in dit kader overigens zeer omstreven. Het is een discussie waar ik in dit kader niet op zal ingaan.

II. *Uitvoering van overheidstaken*

1. Algemeen en sector-specifiek toezicht

Tot nu toe heb ik geschetst welke overheidstaken in een geliberaliseerde markt moeten worden vervuld. De vraag is nu wie deze taken uitoefent. Hoewel de overheid zich terugtrekt uit de markt zijn er toch talrijke overheden die bemoeienis hebben met de markt. Dit strekt van het Ministerie van OC&W via het Commissariaat voor de Media en de gemeentelijke programmaraden, tot het Directoraat Generaal voor Telecommunicatie en Post, en de Rijksdienst voor Radiocommunicatie van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, tot de gemeentelijke overheden die goedkeuring moeten geven voor het gebruik van antenne-opstelpunten.

Ik zal mij beperken tot de twee organen die verantwoordelijk zijn voor het garanderen van de marktwerking: OPTA en NMa. Het gaat mij hierbij met name om de verhouding tussen algemeen en sector-specifiek toezicht.

2. OPTA

Het bevorderen van het totstandkomen van marktwerking in communicatiemarkten is de taak van de OPTA – de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit. Het college van OPTA is in 1997 ingesteld door de OPTA-Wet. De bevoegdheden van de OPTA in de Nederlandse Telecommunicatiewet van 1998 zijn gebaseerd op Europese harmonisatierichtlijnen, uitgevaardigd door het Europees Parlement en de Raad van Ministers. Dit zijn de eerder genoemde ONP richtlijnen die het legitieme openbare belang in de telecommunicatie normeren, en de rechten en plichten van de marktdeelnemers bepalen. Daarbij hoort ook bescherming van de consument. OPTA is verantwoordelijk voor het leeuwendeel van de in die richtlijnen neergelegde taken. Zij vertaalt de wettelijke verplichtingen naar de markt door ze op een praktisch toepasbare manier uit te werken waar dat nodig is, door aan de hand van de regels te bepalen voor welke marktpartijen welke plichten gelden, door geschillen te beslechten, en door de regels te handhaven, zo nodig door middel van boetes.

Een strijdpunt is in hoeverre OPTA daarbij over eigen beleidsvrijheid beschikt. De centrale overheid redeneert hier vanuit de democratische legitimiteit van het primaat van de politiek. Daarbij wordt vaak voorbijgegaan aan het feit dat de beleidsvrijheid van OPTA is genormeerd door Europees en nationaal recht, met een eigen legitimiteit gebaseerd op objectieve, rationele en toetsbare normen. Waar de betreffende normen gebaseerd zijn op Europees recht staat het de overheid in ieder geval niet vrij om daarvan af te wijken. Wederzijdse zelfbinding door de Lidstaten op basis van dergelijke normen blijft het belangrijkste fundament van de Europese integratie. Een tweede strijdpunt is of op grond van de zelfredzaamheid van de markt algemeen mededingingstoezicht door de NMa zou volstaan. Het is inderdaad de vraag of de markt daar rijp voor is. De eerder geschetste structurele kenmerken van de communicatiemarkt maken mededinging moeizaam. Verder is het mededingingsrecht zelf nog niet geconsolideerd, en weer volop in ontwikkeling.

3. NMa

Behalve door OPTA wordt toezicht op de telecommunicatiemarkt uitgeoefend door de Nederlandse Mededingingsautoriteit, ofwel de NMa. Evenals de andere sectoren van de economie valt de telecommunicatie namelijk onder de algemene bevoegdheid van

de NMa. De NMa handhaaft de algemene mededingingsregels, te weten het kartelverbod, het verbod op misbruik van economische machtspositie, en de fusiecontrole. De bevoegdheden van de NMa zijn gebaseerd op de Nederlandse Mededingingswet van 1997. Deze wet staat formeel grotendeels los van de Europese regels. Feitelijk is de Mededingingswet een voorbeeld van spontane harmonisatie op basis van de mededingingsregels in het EG verdrag, en van de uitleg van deze regels door de Europese rechters. Die Europese verdragsregels dateren overigens wel al van 1957. Zo lang heeft Nederland er namelijk over gedaan om zich volledig te bekeren tot de leer van het kartelrecht, met name het beginsel dat mededingingsbeperkingen verboden zijn behoudens een beperkt aantal uitzonderingen.

III. Relatie tussen algemeen en sector-specifiek toezicht

1. Verhouding OPTA-NMa en institutionele vragen

Wat is nu de relatie tussen algemeen en sector specifiek toezicht?

Samenloop

Zoals gezegd zijn de mededingingsregels in beginsel op alle sectoren van toepassing. Waar ook sectorspecifieke regels bestaan leidt dit tot gevallen van samenloop als twee verschillende regels op dezelfde situatie van toepassing zijn. Een bedrijf zou dus over zijn dominante concurrent zowel kunnen klagen bij de NMa, als bij de OPTA. Dit opent enerzijds het risico van *forum-shopping*: de mogelijkheid dat bedrijven juist die instantie aanspreken waarvan ze vermoeden dat deze in hun voordeel zal beslissen. Dat is voor overheden niet altijd leuk, maar voor bedrijven niet erg. Wel is het voor bedrijven nuttig te weten of handelen in overeenstemming met de ene categorie regels ook onder de andere regels aanvaardbaar is.

Verhouding OPTA-NMa

Waar samenloop plaatsvindt zijn daarom afspraken nodig tussen de betreffende bestuursorganen over uitoefening van hun bevoegdheden. Op grond van zowel de Telecommunicatiewet als de nieuwe Postwet geldt voor de OPTA en de NMa een wettelijke coördinatieplicht. Dit voor zover het college van OPTA bij de uitoefening van zijn bevoegdheden begrippen gebruikt die de NMa ook hanteert bij de toepassing van het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtspositie. Verder maken het college van OPTA en de DG NMa afspraken in het belang van een effectieve en efficiënte besluitvorming.

In januari 1999 hebben beide bestuursorganen een samenwerkingsprotocol afgesloten dat afstemming over aangelegenheden van wederzijds belang regelt, en op grond waarvan regelmatig overleg plaatsvindt. Het is opmerkelijk maar niet verbazend dat OPTA en NMa deze regeling in onderling overleg hebben opgesteld en inmiddels al bijna twee jaar lang intensief toepassen. Toezichthouders met samenlopende bevoegdheden zijn namelijk niet alleen maar beleidsconcurrenten. Omdat eigenstandige bestuursorganen hun legitimiteit baseren op normen staan ze samen sterker als ze erin slagen die normen op een consistente manier te hanteren.

Beroep en hoger beroep

Tenslotte vindt er ook coördinatie tussen NMa en OPTA plaats via de rechter. Voor besluiten van beide organen geldt namelijk beroep bij de Rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College voor Beroep van het Bedrijfsleven. Hiermee is bewust

gekozen voor concentratie met het oog op de benodigde economisch en technische expertise. Bovendien garandeert dit een consistente uitleg in laatste instantie.

Institutionele vragen

Er bestaan dus regels voor onderlinge afstemming, die ook worden toegepast. Dit is voor de dagelijkse praktijk essentieel, en blijkt in de praktijk ook goed te functioneren. Niettemin blijven essentiële institutionele vragen bestaan. De centrale overheid vraagt zich namelijk af of sector-specifieke regels en sector-specifieke toezichthouders nog wel nodig zijn.

Hiertoe heeft de centrale overheid een schema opgesteld met de volgende preferentievolgorde:

De eerste voorkeur is toezicht uitsluitend door de NMa op grond van alleen het algemene mededingingsrecht. Op de tweede plaats komt tijdelijke toepassing van sector-specifieke regels door de NMa, of door een kamer van de NMa. Pas op de derde en laatste plaats komt toezicht op grond van sector-specifieke regels door een sector-specifieke toezichthouder die los staat van de NMa. In deze visie is het bestaan van OPTA dus de minst wenselijke situatie.

Het streven is om zo snel mogelijk over te stappen naar een systeem waarin alleen de NMa nog toezicht houdt op alle markten. Er bestaat namelijk vrees voor de drang naar zelfhandhaving die toezichthouders met alle andere organisaties gemeen hebben. Zelfstandigheid is daarbij een extra drempel: als zelfstandige toezichthouders eenmaal bestaan is het moeilijk om ze weer af te schaffen. Het gevaar van wildgroei van toezichthouders is niet denkbeeldig. Maar de gedachte dat competentieconflicten beheersbaar zijn, en dat beleidsconcurrentie tussen toezichthouders ook tot verkwikkende nieuwe oplossingen zou kunnen leiden speelt kennelijk geen enkele rol. Alle marktdenken ten spijt blijft het centralisatiemodel een grote aantrekkingskracht op de overheid uitoefenen. Dit leidt tot het risico van steriele systeemdiscussies, en voortdurende planmatige herordening van beleid, in plaats van de nadruk te leggen op meer concrete zaken als uitvoering, effectieve handhaving, en naleving van normen.

2. OPTA evaluatie

Overigens is er wel iets aan te doen aan die gevreesde hardnekkigheid van sector-toezichthouders. Er kan bijvoorbeeld een houdbaarheidsdatum in de wet worden opgenomen. Voor de OPTA is dit ook het geval.

De instellingswet van de OPTA beperkt het mandaat van het college van OPTA tot vier jaar. De Staatsecretaris van Verkeer en Waterstaat evalueert vierjaarlijks de doeltreffendheid en doelmatigheid van het functioneren van het college. Zij zal op basis hiervan in 2001 voor het eerst aan het Parlement rapporteren over de wenselijkheid van het voortzetten van het college. Voor deze evaluatie is inmiddels een bijna tweehonderd pagina's tellend beoordelingskader opgemaakt.

De conclusies die op basis van dit beoordelingskader worden getrokken vormen de grondslag voor het debat over de toekomst van de OPTA – of beter gezegd, over de toekomst van het toezicht op de communicatiesector. De mogelijke uitkomsten van dit debat zijn in beginsel open. De reeks denkbare uitkomsten strekt van voortzetting van OPTA, eventueel met gewijzigde taken – dus met meer taken, minder taken, of

andere taken – tot volledige opheffing van OPTA. Een belangrijke tussenvariant is het onderbrengen van de OPTA, of van bepaalde OPTA taken, bij een kamer van de NMa. Het is eveneens mogelijk dat de OPTA media toezichtstaken erbij krijgt. Ook is te overwegen dat het frequentietoezicht bij OPTA wordt ondergebracht, inclusief verdere uitvoeringstaken zoals frequentieveilingen. Daardoor zou een echte *regulator* voor de communicatiemarkt kunnen ontstaan.

Tenslotte zou OPTA als taak kunnen krijgen om naast de sector-specifieke regels ook het algemene mededingingsrecht op de communicatiesector toe te passen. Dit zou interessante mogelijkheden bieden voor concurrentie tussen toezichthouders. Belangrijker is dat dit de convergentie tussen sector-specifiek toezicht en het algemeen mededingingsrecht zou bevorderen en voor OPTA als rationele beleidsreactie een omslag naar het mededingingsrecht mogelijk zou maken. Bovendien voorkomt het dat kerntaken uit een consistent Europees beleidskader worden gelicht om tussen twee verschillende toezichthouders versprokkeld te worden.

Wat de uitkomst van de OPTA-evaluatie ook moge zijn, het is op zijn minst opmerkelijk dat de belangrijkste vraag bij de evaluatie betrekking heeft op de institutionele inrichting. Het centraal stellen van de voortzetting van de toezichthouder als onafhankelijke instelling lijkt mij onlogisch en contraproductief. Eerst moet worden bestudeerd of het noodzakelijk is dat sector-specifieke regels blijven bestaan. Dat betekent dat moet worden vastgesteld op welke deelmarkten al kans op effectieve mededinging bestaat, en of repressief toezicht zou volstaan.

Deze benadering volgt bovendien de procedure die in de nieuwe sector-specifieke regels op Europees niveau wordt neergelegd.

III. Tussenconclusie:

Voordat ik ga spreken over de Europese dimensie wil ik eerst een korte tussenconclusie trekken. We hebben geconstateerd dat in Nederland een zeker spanningsveld bestaat tussen algemeen en sector-specifiek toezicht op telecommunicatie. Verder bestaat een tweede spanningsveld tussen het ‘primaat van de politiek’ -- het terugveroveren van het politieke initiatief op ambtelijke organisaties – en het terugschroeven van overheidsinmenging in de economie door zelf-binding middels objectief genormeerd en onafhankelijk toezicht. Het netto resultaat is een tendens naar centralisatie, gebaseerd op een superioriteitsclaim van het algemene mededingingsrecht.

Hierbij concentreert de discussie zich op de verdeling van bevoegdheden, niet op de beoordeling van concrete marktprocessen. Verder wordt voornamelijk gekeken naar de Nederlandse markt, niet naar de Europese context. Toch wijzen de Europese ontwikkelingen in een andere richting. De beweging van staat naar markt is namelijk geen overgang van staatsmonopolie naar een spontaan concurrerende nationale markt. Het gaat om het bevorderen van een vrije Europese binnenmarkt met effectief toezicht op marktwerking. De basis van dit proces is het Europees recht, en het blijft ook genormeerd door Europees recht. Om een vrije Europese markt met effectief toezicht te bereiken is bovendien samenwerking tussen nationale toezichthouders essentieel.

Deze Europese dimensie zal ik nu in het tweede deel van mijn betoog bespreken.

IV. EU Context

Omdat de algemene Europese mededingingsregels in het EG Verdrag zelf staan kunnen bijzondere regels zoals die voor telecommunicatie gelden daaraan niet afdoen. De sector-specifieke regels mogen dan ook niet zo worden uitgelegd of toegepast dat ze inbreuken op de mededingingsregels veroorzaken.

Binnen deze grens geldt de *lex specialis* regel: er wordt voorrang gegeven aan het oplossen van concrete problemen door de nationale sector-specifieke toezichthouders. Dit heeft praktische en principiële redenen. De sector-specifieke toezichthouders beschikken over een consistent systeem van instrumenten, overzien de gehele sector, en kunnen sneller ingrijpen. Hiertoe hebben zij immers hun bevoegdheden gekregen. Bovendien moet de Europese Commissie bij haar mededingingshandhaving prioriteiten stellen, en daarbij het subsidiariteitsbeginsel hanteren. Wat effectiever op nationaal niveau kan gebeuren moet ook op dat niveau worden afgedaan.

Het EG recht geeft geen expliciet antwoord op de in Nederland als zo prangend beschouwde vraag wie de sector-specifieke regels moet toepassen. Formeel gezien zou dit dan ook de NMa kunnen zijn – indien als zodanig bij de Commissie aangemeld, en zodra de NMa als zelfstandig bestuursorgaan niet meer hiërarchisch is ondergeschikt aan de grootaandeelhouder van KPN. Dit pragmatisme weerspiegelt de grenzen en de prioriteiten van het Gemeenschapsbelang: er moeten adequaat toegeruste onafhankelijke instellingen bestaan die in staat zijn de regels uit te voeren. Er worden inhoudelijke normen gesteld, geen formele categorieën opgelegd.

Desondanks gaat de Europese Commissie er feitelijk vanuit dat sector-specifiek toezicht nog geruime tijd noodzakelijk zal zijn. De evaluatie met uitzicht op opheffing van de toezichthouder die wij in Nederland kennen is uniek. Hoewel de ONP regels op dit moment worden herzien zijn de uitvoeringsopdrachten ook in de nieuwe richtlijnen gericht tot sector-specifieke nationale toezichthouders. Er wordt gevorderd dat deze toezichthouders onafhankelijk zijn, dat ze voldoende worden toegerust om hun taak uit te oefenen, en dat zij hun bevoegdheden uitoefenen volgens het proportionaliteitsbeginsel. De gekozen oplossing moet dus in een redelijke verhouding staan tot het op te lossen probleem. Dergelijke Europeesrechtelijke garanties bestaan voor de nationale mededingingautoriteiten niet.

De nieuwe richtlijnen beogen wel convergentie tussen de sector-specifieke regels en het algemene mededingingsrecht. Streven naar conformiteit met het mededingingsrecht is nog niet hetzelfde als zo snel mogelijk vervangen van preventief toezicht door repressief toezicht, nog los van de vraag wat ‘zo snel mogelijk’ betekent. Bovendien vindt inmiddels een ingrijpende herziening van de Europese mededingingsregels plaats, die vanaf 2003 veel extra verantwoordelijkheden op nationaal niveau neer zal leggen. Zowel de Nederlandse Mededingingswet als de inrichting van de NMa moeten daarop worden aangepast. Daarover later meer.

Ik zal eerst ingaan op de veranderingen van de communicatieregels.

1. Telecom-specifieke veranderingen

1. Markontwikkelingen en gebreken wettelijk kader

Markontwikkelingen

De nationale telecommunicatiemarkten in Europa kennen vergelijkbare problemen. Het eerste probleem is de sterke mate van concentratie. Ondanks toetreding tot vaste en mobiele markten bestaat nog steeds nauwelijks concurrentie op het vaste aansluitnet, en de andere infrastructuurmarkten zijn oligopolies van een handvol aanbieders. Het tweede probleem is dat de markten verkokerd blijven: er bestaan geliberaliseerde nationale markten, maar er bestaat geen vrije Europese markt. Dit is deels te wijten aan het feit dat vergunningen nog steeds op nationaal niveau worden uitgegeven. Verkokering wordt verder in de hand gewerkt doordat het toezicht per individuele Lidstaat wordt uitgeoefend, zonder dat duidelijk is wie verantwoordelijk is voor grensoverschrijdende problemen.

Toezicht en coördinatie

De Commissie kan zelf op dit punt maar weinig ondernemen: op Europees niveau bestaat geen toezichthouder. Het Directoraat Generaal Informatiesamenleving heeft de sector-specifieke richtlijnen ontwikkeld en houdt toezicht op hun implementatie in nationaal recht. Nationale overheden moeten deze regels echter handhaven. De enige handhavingsacties die de Commissie kan instellen zijn verdragsinbreukprocedures tegen die overheden.

De huidige richtlijnen voorzien ook nauwelijks in samenwerking op nationaal niveau. Weliswaar hebben de onafhankelijke toezichthouders op eigen initiatief een samenwerkingsverband ingesteld: de Independent Regulators Group, waar problemen die zich in meerdere Lidstaten voordoen ook op werkniveau worden besproken. Maar het ontbreken van een wettelijk kader bemoeilijkt het gezamenlijk aanpakken van concrete grensoverschrijdende problemen. Dat blijkt bijvoorbeeld met betrekking tot internationale huurlijnen, internationale interconnectie tussen netwerken, accounting rates, mobiele roaming, en het ontbreken van grensoverschrijdende aanbiedingen.

De verkokering kan weliswaar doorbroken worden door bedrijven die grensoverschrijdende concentraties gebruiken om een formaat te bereiken dat ze in staat stelt uiteenlopend nationaal beleid bedrijfsintern te overbruggen. Het is echter niet wenselijk dat de nationale oligopolies op Europees niveau worden gereproduceerd – zeker niet als effectief grensoverschrijdend toezicht ontbreekt.

2. Herziening ONP regels

Het Regelgevend kader wordt op dit moment herzien. De voorstellen voor nieuwe richtlijnen zijn deze Zomer voorgelegd aan het Europese Parlement en de Raad, en zouden eind 2001 in nationaal recht moeten worden omgezet.

De nieuwe ONP regels dienen vooral om effectief toezicht te bevorderen door het bestaande regelgevend kader flexibeler te maken, en door coördinatie te bevorderen. Hoewel convergentie met het algemene mededingingsrecht plaatsvindt blijft preventief toezicht voorop staan. Toch zijn er een aantal belangrijke verschillen:

In de eerste plaats wordt het toepassingsbereik van de ONP regels uitgebreid tot alle communicatie-infrastructuur – dus inclusief Internet en media.

Flexibiliteit en coördinatie

Bovendien worden zowel meer flexibiliteit als meer coördinatiemogelijkheden ingebouwd. Onder het huidige regime zijn de instrumenten die de toezichthouder

moet gebruiken in principe bindend voorgeschreven. Partijen met aanmerkelijke marktmacht moeten bijvoorbeeld verplicht op basis van kosten-orientatie interconnectie en consumentenprijzen aanbieden. Onder de nieuwe voorstellen worden regelgevers verplicht op een proportionele wijze in te grijpen, en daarbij te kiezen uit een aantal verschillende instrumenten. Hiermee krijgt de toezichthouder meer vrijheid, maar de proportionaliteitsverplichting vergt dat de keuze die wordt gemaakt uit de beschikbare instrumenten beredeneerd en toetsbaar is.

Tegelijkertijd nemen de mogelijkheden voor coördinatie tussen toezichthouders, en door de Commissie toe. Dit dient zowel om versnippering van de Europese markt in nationale markten tegen te gaan; als om te voorkomen dat een wanverhouding ontstaat tussen de nationaal begrensde bevoegdheden van de toezichthouders en de grensoverschrijdende schaal van problemen.

Convergentie op EMP en Marktdefinitie

Verder vindt convergentie met het algemene mededingingsrecht plaats. Ten eerste wordt voortaan als drempel voor de belangrijkste sector-specifieke ingrepen de mededingingsrechtelijke toets van economische machtspositie gebruikt. Ruwweg wordt de drempel waarbij deze verplichtingen voor een individuele marktpartij gelden verhoogd van een marktaandeel van 25% naar een marktaandeel van 50%.

Ten tweede worden de relevante markten niet meer in de Richtlijnen zelf gedefinieerd. Dit betekent dat toezichthouders net als in het mededingingsrecht zelf moeten toetsen of zich op specifieke markten problemen voordoen die het gevolg zijn van marktmacht. De Commissie geeft wel richtsnoeren over de manier waarop markten worden gedefinieerd, en mogelijk een indicatieve lijst. Toezichthouders die hiervan af willen wijken moeten dit motiveren.

Sunset-clausules

De laatste belangrijke verandering is dat de mogelijkheid tot het afschaffen van sector-specifieke verplichtingen wordt ingebouwd. De toezichthouders dienen periodiek vast te stellen of op de markten waar verplichtingen gelden al effectieve mededinging is bereikt. Als dit het geval is worden deze verplichtingen voor de betreffende markt opgeheven. Ook deze aanpak volgt de eerder genoemde proportionaliteitseis – niet meer regels, en niet zwaarder ingrijpen, dan noodzakelijk.

Met betrekking tot veranderingen in deze verplichtingen heeft de Commissie een coördinerende functie. Voordat verplichtingen kunnen worden ingevoerd of opgeheven moet niet alleen de vraag worden beantwoord of op de betreffende markt effectieve mededinging geldt, maar moet het antwoord aan de Commissie worden medegedeeld. De Commissie heeft vervolgens in een zogenaamde oppositieprocedure 1 maand de tijd om laten weten dat zij het niet met de betreffende vaststelling eens is. Het uitblijven van een reactie geldt als instemming. Als de Commissie aangeeft dat zij het met een bepaalde maatregel niet eens is heeft zij een periode van 2 maanden om een formeel standpunt in te nemen, om de nationale autoriteit te verplichten de voorgenomen maatregel in te trekken of te wijzigen.

De Lidstaten zullen deze procedure moeten toepassen wanneer zij beoordelen of sector-specifieke ex-ante verplichtingen opgeheven moeten worden. Er is op dit punt dus een belangrijk verschil met regels die niet op Europees recht maar puur op

nationaal recht berusten. Voor op Europees recht gebaseerde regels geldt dat een Europese toets nodig is voordat de sector-regels mogen worden afgeschaft. Dit dient om te voorkomen dat deze regels worden afgeschaft voordat effectieve concurrentie is ontstaan zodat handelsbarrières ontstaan tussen de Lidstaten. Tenslotte worden de mogelijkheden tot het aanpakken van grensoverschrijdende problemen aangescherpt. Hiermee ontstaat convergent beleid dat de binnenmarkt bevordert.

De ONP herziening voorziet dus niet louter in een overgangsmechanisme naar algemeen mededingingsrecht. Het blijft harmonisatiewetgeving waarbij het scheppen van de Europese binnenmarkt voorop staat. De uitvoering daarvan is gebaseerd op de toepassing van gemeenschappelijke normen door onderling samenwerkende toezichthouders. Wellicht zouden nationale overheden dergelijke proto-federale ontwikkelingen graag omzeilen door versneld over te schakelen op algemeen mededingingsrecht. Opmerkelijk genoeg is voor het algemeen mededingingsrecht inmiddels een vergelijkbare ontwikkeling ingezet. Die zal ik nu behandelen.

II. Veranderingen in het mededingingsrecht

1. Toepassing mededingingsrecht op telecommunicatie

Zoals ik al eerder heb gezegd is het algemene mededingingsrecht parallel met de ONP regels van toepassing. De toepassing van het mededingingsrecht op de telecommunicatiesector is echter in het verleden vanwege het bestaan van wettelijke monopolies meer op overheden dan direct op ondernemingen gericht. Sommige plaaggeesten wijzen er dan ook graag op dat de Commissie in deze sector sinds de BT beschikking van 1982 – dus gedurende een periode van 18 jaar – geen misbruik van machtspositie door een onderneming meer heeft aangetoond in de vorm van een formele verbodsbeschikking.

In grote lijnen zijn daar de volgende redenen voor aan te geven. Ten eerste werd tussen 1962 en 1982 het mededingingsrecht uit politieke opportuniteit niet op de overheidsmonopolies toegepast. De moeizame strijd om het politiek beschermde systeem van formele monopolierechten af te schaffen is uiteindelijk pas in 1998 voltooid. Alle belangrijke besluiten op dit gebied zijn voor de Europese rechter uitgevochten. Nadat de BT beschikking duidelijk had gemaakt dat de telecommunicatie-sector niet eeuwig buiten schot zou blijven heeft de Commissie uiteindelijk op basis van mededingingsrichtlijnen de bijzondere en exclusieve rechten ook daadwerkelijk afgeschaft. Tenslotte heeft de Commissie de mededingingsregels ingezet om liberalisatie en harmonisatie door de Lidstaten te bevorderen. Zo stelde de Commissie in 1996 het uitgeven van vergunningen voor alternatieve infrastructuur in Frankrijk en Duitsland als voorwaarde voor het aanvaarden van samenwerking tussen France Telecom en Deutsche Telekom onder de uitzondering op het kartelverbod. Dit heeft de aanvaarding door de Lidstaten van ONP harmonisatieregels voor concurrerende infrastructuur zeer bespoedigd. De handhaving van deze sector-specifieke regels maakte vervolgens de toepassing van het mededingingsrecht in veel individuele gevallen overbodig. Daarom geeft de Commissie in haar Mededeling over Toegang uit 1998 voorrang aan handhaving door nationale toezichthouders als die snel en effectief in kunnen grijpen.

Behalve het forceren van liberalisering heeft de beslissingspraktijk van het Europese mededingingsrecht in deze sector vooral invloed gehad via controle vooraf.

In de eerste plaats betreft dit de al genoemde ontheffingsbevoegdheid voor overeenkomsten, die overigens binnenkort wordt afgeschaft. In de tweede plaats heeft het mededingingsrecht een preventieve werking via de Fusiecontrole. In beide gevallen heeft de Commissie een dwangmiddel omdat de transacties niet veilig kunnen worden geconsumeerd voordat de Commissie haar goedkeuring heeft uitgesproken – eventueel onder stringente voorwaarden, zoals het afstoten van delen van een onderneming. Omdat de financiering in grote fusiezaken – zoals Vodafone/Mannesmann – of WorldCom/Sprint – altijd afhankelijk is van externe financiële middelen en van de fluctuatiergevoelige beurswaarde van de betrokken bedrijven kan iedere vertraging fataal zijn voor de beoogde transactie. Meewerken met de Commissie is daarom onder alle omstandigheden geboden, ook al kan vanwege tijdsdwang en gebrek aan personeel in een fusieprocedure maar een beperkte inhoudelijke analyse plaatsvinden. Een beroep op de Europese rechter waarin pas twee jaar na het mislukken van de transactie een uitspraak kan worden verwacht is vervolgens vrijwel zinloos.

Voor het repressieve toezicht liggen de verhoudingen geheel anders. Dominante ondernemingen passen weliswaar vaak hun gedrag aan als een onderzoek wordt geopend, om te vermijden dat het tot de vaststelling van een inbreuk komt. Desondanks lijkt er een premie te staan op vertraging, obstructie, en de gang naar de rechter. Bovendien zijn de eisen die bij repressief toezicht aan de bewijslast van de Commissie worden gesteld feitelijk hoger. Mede hierdoor bestaat in alle sectoren maar een beperkt aantal beschikkingen waarin formeel een misbruik wordt vastgesteld. In de 30 jaar sinds de eerste beschikking in 1971 zijn in totaal maar 39 beschikkingen aangenomen, waarvan in de laatste vijf jaar maar 8. Het aantal klachten is echter gegroeid. Tenslotte sporen in met name in de communicatiesector de snelle technologische en commerciële veranderingen niet met het tempo van behandeling in Europese mededingingszaken. Dit tempo wordt zowel beperkt door onderbezetting als door zware en lange procedures, die zijn bedoeld om de rechten van de verdediging van de beklagde onderneming te beschermen.

De misbruiktoets biedt wel een aantal handvaten die toepassing van deze toets op netwerkmarkten kunnen bevorderen. De weigering van toegang tot een monopolienetwerk kan een misbruik betekenen, hoewel het Hof hieraan op grond van de essential facility doctrine zeer stringente voorwaarden verbindt. Als een ex-monopolist ook actief is op belendende markten kan het overhevelen van marktmacht misbruik opleveren. Verder wordt in de nieuwe regels over verticale overeenkomsten de drempel voor aanneming van marktmacht op een marktaandeel van 30% in plaats van 50% geplaatst, en deze ontwikkeling zet zich mogelijk ook elders door. Tenslotte kan tegen oligopolies in principe het verbod van misbruik van gezamenlijke marktmacht worden gebruikt als meerdere marktpartijen samen een markt beheersen vanwege hoge toetredingsdrempels en externaliteiten.

Om een meer effectieve handhaving mogelijk te maken moeten deze instrumenten verder worden ontwikkeld. De richtsnoeren voor de toepassing van het marktmachtcriterium onder de nieuwe OPN richtlijnen kunnen hierbij wellicht een rol spelen. Ik zal hierop niet verder ingaan. In plaats daarvan wil ik kort de nieuwe algemene regels bespreken die al op stapel staan. Daarna zal ik concluderen.

2. Modernisering mededingingsrecht

Het Europese mededingingsrecht wordt de laatste jaren ingrijpend veranderd. Het is daarbij de bedoeling dat meer economische analyse wordt toegepast, en dat particuliere partijen de regels vaker onderling direct handhaven in procedures voor de nationale rechter. Hiertoe worden de al genoemde regels op verticale en horizontale mededingingsbeperkingen vereenvoudigd.

De nieuwste en meest ingrijpende verandering die nog in het vat zit is die van Verordening 17. Deze verordening regelt de bevoegdheid van de Commissie om het kartelverbod en het verbod van misbruik van economische machtspositie toe te passen, en de plicht van de Lidstaten om hieraan mee te werken. Op het moment heeft de Commissie een monopolie op het toestaan van uitzonderingen op het kartelverbod. Dit heeft tot gevolg dat nationale mededingingsautoriteiten bij voorkeur hun nationale recht toepasten, en dat talrijke overeenkomsten ter beoordeling vooraf bij de Commissie worden aangemeld. Zowel het ontheffingsmonopolie van de Commissie als de aanmeldingsplicht van de ondernemingen worden nu afgeschaft. Voor mededingingsbeperkingen tussen ondernemingen zal alleen nog repressief karteltoezicht achteraf bestaan. De Commissie wil het oude ontheffingssysteem systeem afschaffen omdat zij hierdoor haar beperkte personele middelen niet volop kan inzetten op de meest schadelijke zaken: geheime prijskartels worden immers niet voor ontheffing aangemeld. Als positieve reden voor de modernisering wordt gesteld dat de Europese mededingingspraktijk zozeer is ingeburgerd dat decentrale toepassing door nationale overheden en door ondernemingen onderling nu mogelijk is.

Voorrang

Er wordt dan ook een verregaande vorm van decentralisatie doorgevoerd. Daartoe moeten de Lidstaten in de eerste plaats hun mededingingsautoriteiten machtigen om de Europese mededingingsregels toe te passen. Bovendien wordt een belangrijke voorrangregel van kracht. Nationale rechters en mededingingsautoriteiten zullen de Europese regels moeten toepassen als er een grensoverschrijdende dimensie is – ook al is dat maar potentieel.

Coördinatie Nationale Mededingingsautoriteiten

Deze voorrangregel verschuift niet alleen in veel gevallen het nationale recht naar de tweede rang, maar leidt er ook toe dat deze nationale autoriteiten in een Europees kader belanden. De nationale autoriteiten zullen hun optreden steeds vaker onderling moeten afstemmen. Nog belangrijker is dat nationale autoriteiten de Commissie vooraf over iedere voorgenomen verbods- of inbreukbeschikking moeten informeren. De Commissie houdt bovendien de mogelijkheid om de zaak naar zich toe te trekken als stok achter de deur. Hiermee kan een Europese lijn worden afgedwongen, en kunnen belangrijke precedents worden gezet.

Een van de elementen van het nieuwe systeem waarop de Commissie hamert is dat het gaat om de ontwikkeling van een netwerk van nauw samenwerkende autoriteiten. Het ogenschijnlijk onschuldige netwerkbegrip heeft hierbij duidelijk een politieke functie. Het is rekbaar genoeg om aan verschillende partijen verschillende elkaar wederzijds niet uitsluitende interpretaties toe te staan. Er wordt gesuggereerd dat het niet om een formele hiërarchische verhouding gaat, maar om een soort club van gelijkgestemden. Feitelijk worden de nationale mededingingsautoriteiten echter in een proto-federale structuur ondergebracht.

De combinatie van onderschikking van het nationale mededingingsrecht en het opzetten van een netwerk van onafhankelijke autoriteiten die worden gecoördineerd door de Commissie betekent dat deze autoriteiten losgeweekt worden van centrale nationale overheden en de handen en voeten van het Europese mededingingsrecht worden. Net als voor de communicatiesector treedt hiermee door juridische normen gelegitimeerd en ingeperkt beleid in de plaats van het primaat van de nationale politiek. Ook hier is het einddoel effectief toezicht op concurrerende Europese markten.

Rechters

Naast dit tot op zeker hoogte centraal gestuurde proces tekent zich een veel minder voorspelbare maar daarom zeker niet minder belangrijke ontwikkeling af. Ook alle nationale rechters zullen onder het nieuwe systeem namelijk zelfstandig het volledige Europese kartelrecht moeten toepassen in geschillen tussen partijen. Dat vergt voor de rechterlijke macht een omslag van een formele benadering van mededingingsrechtsregels naar internalisatie van complexe mededingingsnormen. Bovendien gaat het niet om een twintigtal mededingingsautoriteiten die worden gecoördineerd door de Commissie, maar om honderden rechtscolleges met een zeer verschillende achtergrond die alleen gebonden worden door de rechtspraak van de Europese Gerechten.

Het is duidelijk dat het belang van deze verandering nauwelijks kan worden overschat. Toen in de jaren '70 en begin jaren '80 de politieke besluitvorming op Europees niveau geblokkeerd was ontketende de rechtspraak desondanks een nieuwe dynamiek door haar uitleg van de directe werking van de vrij verkeersregels. Hierdoor werden de Lidstaten uiteindelijk alsnog gedwongen om in harmonisatiewetgeving overeenstemming te bereiken over de noodzakelijke kern en de grenzen van het openbaar belang. De actieve toepassing van het mededingingsrecht door nationale rechters zal waarschijnlijk een tweede belangrijke impuls aan de Europese integratie geven.

V. Eindconclusies

Ik zal nu concluderen. Het toezicht op de telecommunicatiesector is in beweging. Op Europees niveau worden de sector-specifieke regels volledig herzien, en iets vergelijkbaars geldt voor de algemene mededingingsregels. De voorstellen voor wijziging van het mededingingsrecht worden op dit ogenblik in de Raad van Ministers behandeld en zouden vanaf 1 januari 2003 in werking moeten treden. Ook de nieuwe telecommunicatierichtlijnen worden op dit moment behandeld, en zouden nog eerder in werking moeten treden.

De resterende vraag is natuurlijk wat de gevolgen hiervan zijn voor de verhouding tussen sector-specifiek en algemeen toezicht.

Het antwoord is de eerste plaats dat convergentie op mededingingsnormen plaatsvindt. Om een concrete toepassing mogelijk te maken zullen deze normen zich echter verder moeten ontplooien. In de tweede plaats convergeert ook de wijze van handhaving. Toch zie ik voorlopig geen volledige samensmelting, maar een parallelle ontwikkeling in het verschiet liggen.

Voor zowel de sector-specifieke toezichthouders als de algemene toezichthouders geldt harmonisatie van regels toegepast op door overheden die niet meer hiërarchisch aan nationale politieke controle zijn ondergeschikt maar worden gecoördineerd door de Europese Commissie.

Voor telecommunicatie is dit proces al verder gevorderd, omdat hier de toezichthouders vrijwel gelijktijdig zijn ingesteld, en zijn uitgerust met vergelijkbare bevoegdheden op grond van Europese verplichtingen. Zowel de telecom-toezichthouders als de algemene mededingingsautoriteiten zullen beter moeten samenwerken voor wat betreft grensoverschrijdende problemen. Tenslotte valt nauwere samenwerking tussen nationale mededingingsautoriteiten en nationale toezichthouders te verwachten, met name vanwege de convergentie op economische machtspositie en marktdefinitie. Hierbij heeft het in Nederland reeds bestaande regime overigens een voorbeeldfunctie: de huidige praktijk van de samenwerking tussen OPTA en NMa is al grotendeels conform met hetgeen in de Europese regels voor de toekomst wordt voorzien.

We constateren dus met andere woorden toenemende horizontale en verticale samenwerking en coördinatie, gebaseerd op Europese regels, die in het concrete geval vooral op nationaal niveau worden toegepast.

Deze ontwikkeling heeft zekere federale trekken. Er wordt geen gecentraliseerd beleid opgelegd, noch worden nieuwe centrale instellingen ingesteld. Uitkomsten worden niet formeel gedicteerd, maar er wordt wel sterk op normen en procesbesturing geharmoniseerd en gecoördineerd. Krachtige gedecentraliseerde instellingen die op afstand staan van de nationale politiek nemen ingrijpende besluiten op grond van dezelfde gemeenschappelijke normen. Er wordt toegewerkt naar effectieve uitvoering, en handhaving.

Deze Europese ontwikkeling staat in zekere zin haaks op het autonome streven van de Nederlandse overheid naar centralisatie van beleid in handen van een enkele toezichthouder die op afstand wordt gevolgd door de politiek. Dit is het resultaat van het een spanningsveld dat zich ontwikkelt tussen politieke verantwoordelijkheid en genormeerd toezicht naarmate de overheid zich verder uit de markt terugtrekt. Enerzijds worden bepaalde genormeerde bevoegdheden op afstand van de politiek geplaatst. Anderzijds wordt juist geprobeerd om door middel van centralisatie op nationaal niveau het onafhankelijke toezicht onder controle te houden. Symptomatisch is het spontane vernietigingsrecht dat in de nieuwe ZBO wet aan de verantwoordelijke Minister wordt voorbehouden – hoewel dit blijkens de memorie van toelichting voor onafhankelijke ZBOs op enigszins halfslachtige wijze wordt teruggenomen.

Het is duidelijk dat het hoge tempo van de onze nationale institutionele hervormingen het moeilijk maakt om te anticiperen op de belangrijke Europese ontwikkelingen. Daarbij is mijns inziens opmerkelijk dat niet eerst wordt gekeken naar het effect dat de bestaande sector-specifieke regels tot nu toe hebben gehad op de ontwikkeling van effectieve mededinging. Het is zeer de vraag of de wens om versneld over te gaan naar toepassing van de algemene mededingingsregels in overeenstemming is met de bereikte graad van effectieve mededinging.

Daarom zou voor de evaluatie van OPTA de mogelijkheid van parallelle toepassing van de mededingingsregels door een zelfstandige OPTA op zijn minst serieus moeten worden overwogen. Ten eerste garandeert dit coherentie van het toezicht omdat in het nieuwe ONP regime de sector-specifieke regels zo nodig per individuele markt worden uitgefaseerd. Ten tweede is het mogelijk dat vanwege de netwerkeffecten in deze sector preventief toezicht op onderdelen gedurende langere tijd noodzakelijk blijft. Tenslotte zal iedere Nederlandse, Portugese en Poolse rechter binnen afzienbare tijd het integrale Europese mededingingsrecht op de telecommunicatiesector moeten toepassen. Is het werkelijk geloofwaardig dat de gespecialiseerde sector-autoriteit dat niet zou kunnen?

Waarom zou het onwenselijk zijn dat meerdere toezichthouders ontstaan die een mededingingscultuur ontwikkelen, in plaats van een enkele overbelaste super-NMa die de spanningen en politieke druk van het toezicht op de nutssectoren moet internaliseren? Is voor het kritisch vermogen en de effectiviteit van de NMa niet bevorderlijk dat zij zich concentreert op het realiseren van de algemene gedragsverandering die de nieuwe Mededingingswet vergt, in plaats van als een holle bolle Gijs sector-toezichthouders te verorberen? Moet de NMa vanwege haar sector-kamers dan mede verantwoording gaan afleggen aan vakministers? Of moet er een herverkaveling van Ministeriele verantwoordelijkheden plaatsvinden waardoor als pendant voor een super-NMa ook nog een super-Ministerie van Economische Zaken zou ontstaan?

U begrijpt dat aan deze vragen ketterse opvattingen ten gronde liggen – maar voor de verspreiding daarvan is de Groningse academie dan ook oorspronkelijk opgericht.

In ieder geval valt te concluderen dat zich een rijke voedingsbodem voor studieobjecten voor het economisch recht ontwikkelt. Dat geldt voor institutionele en normatieve vraagstukken met betrekking tot de organisatie van effectief toezicht. Het geldt voor de ontwikkeling van het Europese integratieproces middels het toepassen van objectieve normen door onafhankelijke toezichthouders, en de consequenties die het inkaderen en coördineren van deze toezichthouders door de Commissie heeft. Daarbij hoort de vraag of de mededingingsdienst van Commissie zelf niet onafhankelijk zou moeten zijn. De mogelijkheden om marktmacht in netwerkmarkten aan te pakken moet worden doorgelicht. Tenslotte denk ik aan het effect van de toepassing van het Europese mededingingsrecht door de nationale rechter, die in een nieuwe stap betekent in de Europese integratie.

* * *

Aan het einde gekomen van mijn betoog wil ik niet nalaten enkele woorden persoonlijke woorden van dank uit te spreken.

Allereerst dank ik U, hooggeleerde rector, het college van bestuur, en onze rechtenfaculteit voor het in mij gestelde vertrouwen.

Daarbij dank ik met name U, hooggeleerde Gormley, voor Uw vriendschappelijke steun als collega proximus die het werken binnen onze vakgroep tot een genoegen maakt. Ik verheug mij zeer op onze verdere samenwerking.

Hooggeleerde Mok. Met Uw briljante vervulling van deze leerstoel gedurende 27 jaar torent U uit boven ons rechtsgebied. Een even heroïsche taakvervulling kan ik U niet beloven. Wel dat ik mijn uiterste best zal doen een waardig opvolger te worden.

Hooggeleerde Arnbak. Vrienden, collega's, en vooral, mijn familie. Dank voor Uw warme aanwezigheid vandaag en in de afgelopen jaren.

Dames en heren studenten. Dank voor Uw belangstelling en geduld. Er staan verversingen opgesteld in de receptiezaal. Ik heb gezegd.